Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

in der nachfolgenden mündlichen Klagehandlung [6]), in jener Prozeßführungsgeſtaltung einen geeigneten Haltpunkt finden.

XIV.

Bemerkungen über die Erforſchung von Gewohnheitsrechten.

Von

Herrn Dr. W. Langenbeck,

Docenten an der Univerſität Jena, früher Hannoverſchen Obergerichtsaſſeſſor.

Die Anſichten über die Natur des Gewohnheitsrechts ſind ſeit den dieſe Rechtsmaterie behandelnden Arbeiten der neuern Juriſten ſo ſehr verändert, daß ſie in vielfacher Beziehung den darüber noch vor 30—40 Jahren herrſchenden Meinungen völlig widerſprechen. Man hat ſeit dem Erſcheinen der Puchta'ſchen Monographie [1]) einſehen gelernt, daß das Gewohnheitsrecht ein in dem Bewußtſein des Volkes unmittelbar entſtandenes Recht iſt, welches, anſtatt der frühern Anſicht nach ſeinen Urſprung aus der öftern Uebung (Sitte, Gewohnheit) herzuleiten, in der Sitte ſich offenbart, oder — um mit Puchta's Worten zu reden — als ein Recht erſcheint, deſſen Quelle nicht, ſondern deſſen Geſtalt die Gewohnheit iſt, „in der ſich das Recht verkörpert" [2]).

In Verfolgung dieſes Gedankens hat man erhebliche frühere Irrthümer entdeckt, welche auch in der Praxis der verſchiedenen deutſchen Länder mehr oder weniger beſeitigt ſind. Darüber iſt man wohl allgemein einverſtanden: der Richter muß ſich zu allen Zeiten die Erforſchung des Gewohnheitsrechts angelegen ſein laſſen,

---

6) Mittermaier: Arch. f. civ. Prax. XXXIII. S. 147; vgl. XXXIX. S. 415; Oppermann: ebendaſ. XXXVIII. S. 21. 247; für die Abänderlichkeit der ſchriftlichen Grundlage im Hannöveriſchen Verfahren, gegenüber der Unabänderlichkeit in Holſtein.

1) „Das Gewohnheitsrecht" von G. F. Puchta, Erlangen 1828, 2 Bde.

2) Conf.: Puchta, Pandecten §. 11.

ihm kann indeß, wenn er über einzelne in Frage kommende Gewohnheiten keine Kenntniß besitzt, solches nicht zum Vorwurfe gemacht werden, sofern dieselben nicht etwa seinem Gerichtsbezirke angehören und überdies aufgezeichnet sind[3]). Denn in letzterem Falle kann er sich, vorausgesetzt, daß die Aufzeichnung eine glaubwürdige ist, durch das Studium derselben ohne Zuthun der Parteien vergewissern, während in andern Fällen Sache der Parteien ist, ihn auf ein in Betracht zu ziehendes Gewohnheitsrecht hinzuweisen.

Beim Mangel glaubwürdiger Aufzeichnung bietet sich dem Richter allerdings auch manche Gelegenheit[4]), Kenntniß der Gewohnheiten zu erwerben. Es läßt sich denken, daß er durch deren gewissenhafte langjährige Benutzung am Ende aller Gewohnheitsrechte wenigstens seines Gerichts- oder Ober-Gerichtsbezirks kundig wird.

---

3) Buchta l. c.

4) S. darüber Lange, Begründungslehre des Rechts, Erlangen 1821. §. 15 „Gewisse Rechtsgewohnheiten prägen sich bei Allen ein durch die bürgerliche Erziehung. Sonst werden sie erkennbar aus der Erfahrung über einzelne Fälle, insofern diese eine feste Regel in Beziehung auf Rechtsverhältnisse voraussetzen; insbesondere auch aus Rechtssprüchen, weil anzunehmen ist, daß die Gerichte nach dem Rechte entscheiden; aus obrigkeitlichen Verfügungen, weil anzunehmen ist, daß diese dem Rechtsgesetze sich conformiren; aus dem gegenseitigen Verhalten der Personen, wonach eine der andern gewisse Befugnisse in Ausübung bringen läßt, weil es natürlich ist einander soweit, als das Rechtsgesetz es gestattet, zu beschränken; aus Verhandlungen in Rechtssachen, wonach die Parteien gewisse Ansprüche einander zugestehn, weil es nicht zu vermuthen ist, daß man einem Andern ein Recht gegen sich anerkennt, was das Rechtsgesetz nicht so mit sich bringt; und aus Aufsätzen über Rechtsgeschäfte, insoweit darin solche Bestimmungen vorkommen, von welchen man annehmen muß, daß die Partheien von dem herrschenden Rechte etwas Abweichendes haben bestimmen wollen. — Sie kann aber auch noch besonders gewiß gemacht werden mittelst glaubhafter Zeugnisse, da man von einer Gewohnheit, ob man sie gleich nicht unmittelbar durch (sinnliche) Wahrnehmung erkennt, doch nach leichten Folgerungen durch Erfahrung überzeugt werden kann; und mittelst Sinnsprüche (Sprüchwörter, paroemiae), welche Rechtssätze ausdrücken, weil sie sich nicht verbreitet haben würden, wenn sie nicht als wahr anerkannt worden wären." — In all diesen Punkten geben wir unserm Autor Recht, obwohl ihre Begründung hin und wieder zu wünschen übrig läßt.

Aber alle möglichen Umstände solcher Gelegenheit (conf. die Note 4) genügen doch nicht immer; denn, um nicht einst von dem Falle zu reden, wo ein Gewohnheitsrecht eines fremden, fernen Landestheils in Betracht kommt, wie würde es einem Richter möglich sein, der gleich nach seiner Anstellung in einem ihm bisher ganz unbekannten Districte einen Streit zu schlichten hat, in welchem es auf ein Gewohnheitsrecht ankommt, darüber zu urtheilen, wenn es nicht aufgeschrieben ist, und er von dessen Dasein vielleicht nicht einmal eine Ahnung hat! Hier ist es an der Partei, solches Recht zu allegiren und zu seiner Erforschung dem Richter behülflich zu sein. Darüber aber, wie der Richter die Gewißheit über Dasein und Inhalt des Rechts bekommen soll, ist man sehr verschiedener Meinung.

Die ältere Ansicht, nach welcher die Entstehung des Gewohnheitsrechts als ein Factum anzusehen und deßhalb wie andere Thatsachen von dem, der sich darauf berufen hat, zu beweisen ist, haben die neuern Juristen nach Puchta's Anleitung so gründlich widerlegt, daß wir dieses als zweifellos bezeichnen dürfen, ohne einen desfallsigen Widerspruch befürchten zu müssen.

Wir meinen aber, daß die Neueren ihrerseits auch nach einer andern Seite hin irren, wenn sie die Annahme „das Gewohnheitsrecht sei Gegenstand des Beweises" für einen „Irrthum" erklären, und die Behauptung aufstellen, „die prozessualischen Grundsätze dürfen nie auf die Erkenntniß von Rechtssätzen irgend einer Art angewendet werden" [5]).

Ersteres wird nun zwar von der Praxis entschieden gemißbilligt, indem, wie allbekannt ist, tagtäglich das Gewohnheitsrecht von höhern und niedern Gerichten zum Beweise verstellt wird; bei der großen Wichtigkeit des Gegenstandes scheint es trotzdem aber nicht unpassend, zu untersuchen, ob die Praxis mit Recht an der ältern Ansicht festhalte. Und da man ferner bei dem Gedanken, daß prozessualische Beweisregeln bei Constatirung des Gewohnheitsrechts außer Acht zu lassen seien, anfängt, auch in praxi es für genügend zu halten, wenn die über dasselbe aussagenden s. g. „Gewohnheitsrechtskundigen" nur ihre Ueberzeugung aus-

5) Conf. Puchta, Pand. §. 109 a. E. und Not. 6.

sprechen, ohne sie zu motiviren, so daß darauf der Richter Gewicht legen soll, so bedarf die Richtigkeit dieser Ansicht noch mehr einer Untersuchung als jene erste Controverse.

Beide Streitfragen wollen wir nachstehend zu entscheiden versuchen; bevor wir dazu schreiten, mag indeß bemerkt sein, daß es dabei nicht auf eine Widerlegung der von Puchta und seinen Anhängern angeführten einzelnen Argumente und Beleuchtung ihrer Arbeiten, wo sie uns beistimmen oder widersprechen, abgesehen sein kann, — dazu wäre der Raum viel zu klein, der uns in diesen Blättern gestattet ist; — wir haben es nicht bloß mit dem in vieler Hinsicht mit uns übereinstimmenden Puchta, sondern auch mit denen zu thun, die ihn mißverstanden haben, und werden nur da, wo es das bessere Verständniß unserer entwickelten Ansichten räthlich und nöthig erscheinen läßt, auf Puchta's Gründe und Gegengründe verweisen.

Von der im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf einen anhängigen Rechtshandel dem Richter obliegenden Verpflichtung zur Erforschung des Gewohnheitsrechts müssen wir wohl unterscheiden die besondere, welche seine Thätigkeit in dem Falle in Anspruch nimmt, wo zunächst und hauptsächlich die Feststellung eines Gewohnheitsrechts die Grundlage für die Entscheidung einer einzelnen Prozeßsache herzustellen den Zweck hat.

Nach der L. 34 D. de leg. gibt zwar die in contradicto judicio erfolgte Feststellung der Gewohnheit dem Richter auch einen guten Anhaltspunkt für die Entscheidung in andern Fällen, wo es auf eine zweifelhaft gemachtes Gewohnheitsrecht ankommt; allein dieses ist rein secundär, für den concreten Fall, der zunächst die Feststellung der Gewohnheit erforderlich macht, ganz irrelevant.

Wir haben es hier nur mit einem solchen speciellen Falle zu thun, und dürfen in Bezug darauf behaupten: daß der Richter in Erforschung der consuetudo für den Zweck ihrer Anwendung auf den Rechtshandel keineswegs unabhängig dasteht, und die Feststellung des Gewohnheitsrechts selbst (bald mehr bald weniger) durch die Thätigkeit der Parteien, die sie während des Laufes des Prozesses beweisen müssen, bedingt ist.

Die Richtigkeit unserer Behauptung zeigt sich darin, 1) daß die Nothwendigkeit der Feststellung eines Gewohnheitsrechts gänzlich wegfallen kann, wenn dasselbe von einer Partei nicht allegirt worden ist[6]), 2) daß die Forschung nach dem Rechte nicht weiter erforderlich, ja! unzulässig wird, wenn der Gegner dessen, der es allegirte, es zugesteht[7]), 3) daß die Partei, welche sich auf eine im Widerspruch mit der andern behauptete Gewohnheit berufen hat, dem Richter auf sein Verlangen die Erkenntnißmittel für dieselbe vorlegen, wo sie aber damit säumig ist, erwarten muß, daß auf das allegirte Recht in dem Prozesse gar keine Rücksicht genommen werde.

Ueber diese drei Punkte herrscht wohl wenig Streit, der erste und letzte aber wird namentlich von Puchta und seinen Anhängern ausdrücklich anerkannt. In Ansehung des Dritten sagt jener Rechtslehrer (Bd. 2. S. 188 des „Gewohnheitsrecht") wörtlich: „Die „Sache ist die, daß der Richter hier durch die Thätigkeit der „Parteien in der Erkenntniß von Rechtssätzen unterstützt werden „soll. Daraus folgt von selbst, daß er an die Partei, deren An„sprüche die Existenz des fragl. Rechtssatzes voraussetzen, die Auf„lage erläßt, sie innerhalb einer verhältnißmäßigen Frist nachzu„weisen, widrigenfalls in der Entscheidung ihre Behauptung nicht „berücksichtigt werden wird. Diese Auflage kann einen Theil des „Beweisinterlocuts ausmachen, aber sie ist so wenig auf diesen

6) D. h. mit der bereits bemerkten Ausnahme, wo es sich um ein dem Gerichtsbezirke angehöriges, aufgeschriebenes Gewohnheitsrecht handelt.

7) Conf. L. 2. D. 42. 2. — Schneider, Lehre v. Beweise §. 96. — Mittermaier im Arch. f. civil. Praxis Bd. 18. S. 75. — Des Verfassers Dissert.: de princip. jur. pereg. proband. Jenae 1857, p. 3. Nr. 2. Aus dem Zugeständnisse erkennt der Richter, daß die Parteien die Entscheidung von dem Inhalte des von ihnen als vorhanden angenommenen Rechts abhängig machen wollen; es handelt sich hier zunächst nur um Anwendung dieses Rechts auf den vorliegenden Fall, nicht auf künftige, es steht aber auch nicht im Wege die L. 34. D. de leg. cit., denn theils hat diese Stelle nicht die Bedeutung, daß der früher constatirte Rechtssatz mit Nothwendigkeit für die Entscheidung künftiger Fälle maßgebend sein müßte (worauf wir unten p. 376 zurückkommen), anderntheils spricht sie nicht von einer consuetudo, über deren Bestehen ein Geständniß vorlag.

„Ort beschränkt, als die Allegation des Rechtssatzes auf das erste „Stadium des Prozesses."

Diese Worte geben bei Lichte betrachtet zu, daß über Gewohnheitsrecht allerdings auf Beweis interloquirt werden kann, und die kurze Bemerkung in Not. b. cit. §. 109 des Puchtaschen Pandektencompendiums ist zum Mindesten sehr gefährlich gefaßt für denjenigen, der nicht beim Lesen dieser Stelle die Monographie über Gewohnheitsrecht zur Hand gehabt hat. Wir können es aber hierbei nicht bewenden lassen, sondern wollen nachzuweisen versuchen, daß auch dasjenige, was unser Autor von dem Prozeßabschnitt, in den die Allegation und die richterliche, den Nachweis des Gewohnheitsrechts fordernde Verfügung fallen soll, unrichtig ist.

Es ist ein in der Natur der Sache begründeter, von einer geregelten Justizpflege nach dem Verhandlungsprincipe untrennbarer, durch die Eventual-Maxime gebotener Grundsatz des gemeinen bürgerlichen Prozesses, daß alles, was Gegenstand des Beweises im Laufe eines Rechtsstreits werden soll, in dem s. g. vorbereitenden Verfahren vorgebracht werden muß. Wollten wir diesen Grundsatz aufgeben, also der Partei gestatten, in jedem Stadium des Prozesses mit neuen Behauptungen hervorzutreten, so müßten wir unvermeidlich in einen ähnlichen Wirrwar gerathen, als worin sich die Prozesse kurz vor dem jüngsten Reichsabschiede befanden, und der von dem Braunschweig-Wolfenbüttelschen Votanten in der behuf Verbesserung des Justizwesens niedergesetzten Reichsdeputation mit eben so grellen als treffenden Farben geschildert worden ist[8]). Ausnahmen von unserer aufgestellten Grundregel können freilich durch besondere Umstände geboten sein, dürfen aber ohne eine dringende Nothwendigkeit nicht zugelassen werden. Eine solche Nothwendigkeit ist in unserm Falle aber durchaus nicht vorhanden, denn der dafür angeführte Grund, daß Gewohnheitsrecht nicht Recht bleibe, wenn man sich nicht in jedem Stadium des Prozesses darauf berufen dürfe, ist nur ein scheinbarer. Es handelt sich ja nicht um Bestehen des Rechtssatzes überhaupt, sondern um seine Anwendung auf den

8) Conf. Neurode, pragm. Erläuterung des J.-R.-A.

speciellen Fall, und daß diese von dem Willen und der Thätigkeit der Partei abhängig ist, haben unsere Gegner schon dadurch zugestanden, daß sie annehmen, das Gewohnheitsrecht könne für die Entscheidung des einzelnen Falls ganz außer Acht bleiben wegen überhaupt unterlassener Allegation oder verspäteter Vorlage der vom Richter verlangten Erkenntnißmittel (conf. S. 362—363). Nehmen wir doch auch an, daß die verspätete Berufung auf geschriebenes Recht dessen unterbleibende Anwendung für einen speciellen Fall zur Folge haben kann [9]).

Uebrigens wollen wir nicht behaupten, daß eine erst nach Beendigung des vorbereitenden Verfahrens erfolgte Berufung auf das Gewohnheitsrecht nicht noch die Constatirung und Anwendung desselben zur Folge haben kann. Der Prozeß soll nur nicht um des verspäteten Allegirens wegen aufgehalten werden. Allemal nämlich, wo der Gegner des verspätet Allegirenden die gewohnheitsrechtliche Bestimmung zugesteht, muß der Richter bei der Entscheidung sie berücksichtigen. Ferner bewirkt die nachträgliche Allegation, daß der Richter darin eine Anregung zur officiellen, ohne Mitwirkung des Allegirenden möglichen Thätigkeit finden muß. Wenn z. B. also die Partei auch erst nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens gesagt hätte, es existire ein für die Entscheidung passendes Gewohnheitsrecht und könne aus dem Richter zu Gebote stehenden, bestimmt bezeichneten Acten erkannt werden, so muß der Richter hierin eine Veranlassung finden, jene Acten ex officio einzusehen. Niemals kann er aber hier noch Beweis des Rechts vom Allegirenden (sei es auch nur indem er einzelne Erkenntnißmittel zu den Acten zu bringen befiehlt), verlangen [10]), denn dadurch würde eine Unterbrechung des regelmäßigen Prozeßganges hervorgebracht werden, die sich der Gegner des verspätet Allegirenden nicht gefallen zu lassen braucht. Hier verdient die Rücksicht auf das Recht dieses Gegners, kraft dessen derselbe die ungeschmälert beschleunigte Beendigung des Rechts-

9) Wenn z. B. Jemand die exceptio excussionis opponiren kann, es aber nicht zeitig thut, wird auf die ihm durch das Gesetz gewährte Wohlthat keine Rücksicht für das Mal genommen.

10) Abgesehen natürlich von Fällen einer zu gewährenden Restitution.

streits in dem gesetzlich vorgeschriebenen Gange verlangen kann, den Vorzug vor der Rücksicht auf das materielle Recht dessen, der es selbst verschuldet hat, daß auf dasselbe zeitig nicht Gewicht gelegt werden konnte [11]). Dieses übersehen unsere Gegner, weil sie den nächsten Zweck der Feststellung des Gewohnheitsrechts nicht im Auge behalten.

Sehen wir nun einmal von dem verspäteten Allegiren ganz ab, und fragen wir in welcher Form der Richter die Feststellung eines Gewohnheitsrechts versuchen muß, auf welches er zeitig von der Partei aufmerksam gemacht worden ist!

Zunächst hat der Richter zu untersuchen, ob er sich ohne Mitwirkung der Partei Kenntniß von dem fraglichen Rechte verschaffen kann; in solchem Falle hat er die Partei überall nicht weiter bei der Feststellung desselben heranzuziehn.

Findet er dagegen, daß er ohne Hülfe der Partei nicht fertig werden kann, so muß er jetzt das Recht zum förmlichen Beweise verstellen, und zwar dergestalt, daß diese Beweisauflage entweder den alleinigen oder theilweisen Inhalt des Beweisinterlocuts bildet, jenachdem sonst nichts zu beweisen ist, oder auch noch andere relevante Umstände ungewiß sind [12]). Die Fassung des Beweissatzes wird aber immer nach den Umständen sich richten, es muß sich der Richter in die Lage des Gesetzgebers hineindenken und wie Gesterding sagt, sich nur die Frage vorlegen: „von welchem Inhalte müßte ein Gesetz, und was würde in dieser Hinsicht erforderlich und hinlänglich sein, wenn dieser Fall

11) Kann er, wie ja die Gegner zugeben, mit seiner Thätigkeit ausgeschlossen werden, falls er nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist dem Richter die Erkenntnißmittel des Rechts vorlegt (cfr. die oben citirte Stelle aus Puchta, Gew.-Recht II. S. 188), weßhalb sollte dann auch nicht die verspätete Allegation diesen Nachtheil mit sich bringen?

12) Eine förmliche Beweisauflage liegt im Interesse der allegirenden Partei selbst. Denn wie oft ereignet es sich nicht, daß es dem Richter an Umsicht oder Fleiß bei Beantwortung der Frage, ob das behauptete Recht vorhanden sei, gebricht! Um der Möglichkeit solcher Uebelstände wegen muß es der Partei erlaubt sein, ganz selbstständig zur Feststellung des Rechts mitzuwirken, und dieses kann nicht anders mit Aussicht auf günstigen Erfolg geschehen, als wenn das Interlocut bestimmt angibt, wie das zu ermittelnde Recht beschaffen sein soll.

nach dem Verlangen des streitenden (allegirenden) Theils entschieden werden sollte?"

Dagegen würde es unrichtig sein, wenn der Richter der Partei das Beibringen bestimmt benannter Beweismittel oder den Nachweis bestimmt benannter Anhaltspunkte (s. g. „Requisite des Gewohnheitsrechts") zur Pflicht machen wollte, aus welchen er unter Bezugnahme auf bereits actenmäßig vorliegende oder ex officio ermittelte Momente die vollständige Ueberzeugung von dem fraglichen Rechte glaubt gewinnen zu können. Dann durch jede Aufforderung der Partei zur ihrerseitigen Mitwirkung bei Constatirung des Rechts hat er zu erkennen gegeben, daß er sich selbst nicht mehr zu helfen weiß und es Sache der Partei sei, ihn zu überzeugen. Wer aber hierzu im Prozesse verpflichtet wird, der hat in der Wahl der Beweismittel und Beweisgründe freie Hand. Nur insoweit darf der Richter die Partei beschränken, als er nicht dulden kann, daß der Beweis auf Umstände gerichtet werde, die für die Feststellung des Beweises zwar relevant sind, aber schon actenmäßig feststehen. Sollte ferner der Richter etwa befürchten, daß die Partei bei ihrer Beweisantretung Umstände unberücksichtigt ließe, welche auf das zu Beweisende hinführen, so mag er unbedenklich in seinem Interlocute auf dieselben als zum Beweise dienlich hinweisen, auch wenn solches nicht geschehen oder von der Partei unbeachtet gelassen wäre, jene Umstände dennoch berücksichtigen, wenn sie bereits actenmäßig feststehen, oder er sich ohne Zuthun der Partei davon Wissenschaft verschaffen kann[13]). Wollte dagegen ein Richter nur den Nachweis bestimmter Umstände oder Angabe bestimmter Beweismittel verlangen, so könnte davon die Folge sein, daß ein in der Appellations-Instanz über das Resultat der Beweisführung abgegebenes Urtheil diese Umstände und Beweismittel selbst in Verbindung mit dem, was der Richter erster Instanz ex officio in Betracht gezogen hat, für unzureichend erklärte, das zu ermittelnde Recht also unnachgewiesen bliebe, während die dadurch sachfällig werdende Partei, wenn man ihr durch ein allgemein gefaßtes

13) Conf. Die Entscheidung des Göttinger Spruchcollegiums mitgetheilt von Seuffert in dem Archiv für Entscheidungen, pp. Band VI. Nr. 130.

Interlocut freie Hand in der Mitwirkung gelassen hätte, den Nachweis würde haben ermöglichen können.

Wir glauben hiermit dargethan zu haben, wie die Angabe eines Beweisinterlocuts in der von uns vorgeschlagenen Weise, weit entfernt, einen Verstoß gegen den gewiß unbestreitbaren Satz daß der Richter das Gewohnheitsrecht ex officio constatiren soll, zu enthalten, vielmehr im Interesse beider streitenden Theile liegt, und berufen uns auf die Worte eines bewährten Rechtslehrers [14]), welcher sagt: „Ist dem Richter" (dem es nämlich nicht gelungen ist ex officio das Recht zu erkundigen), „eine Gewohnheit, worauf sich eine Partei beruft, unbekannt, so ist es völlig in der Ordnung, dieselbe zum Gegenstand einer wahren Beweisauflage zu machen." Conf. auch ein in Seuffert's Archiv oberstrichterlicher Entscheidungen, Bd. 10. Nr. 124, mitgetheiltes Urtheil des Ober-Appell.-Ger. in Kiel v. 13. Febr. 1850.

Es scheint uns schon eine Art von Widerspruch zu enthalten, wenn man verlangt, Jemand solle für den Zweck der Entscheidung eines einzelnen Prozesses einer ihm widersprechenden Partei gegenüber binnen prozessualischer Frist bei Vermeidung des Ausschlusses mit seiner Handlung den Richter von etwas überzeugen, und zugleich behauptet, daß dabei die prozessualischen Grundsätze [15]), nach welchem zweifelhafte Dinge vor Gericht zur Gewißheit gebracht werden, unbeachtet gelassen bleiben dürften oder gar müßten. Allerdings treten für den Beweis des Gewohnheitsrechts einige um der Natur dieses Rechts wegen erforderliche Modificationen in der Anwendung dieser Grundsätze ein, indem die strenge Anwendung der Verhandlungsmaxime sich nicht durchführen läßt. Soweit dagegen die Thätigkeit der Parteien und die Beurtheilung des Ergebnisses derselben in Frage kommt, hindert uns die Natur des Rechts durchaus nicht, die prozessualischen Regeln, welche uns sagen, wann der Richter etwas für juristisch gewiß halten darf oder muß, zur Anwendung zu

14) v. Vangerow, Pandekten, §. 17, Anst. 3.

15) Die Unrichtigkeit dieser Behauptung werden wir außerdem noch aus den Quellen nachweisen, Conf. S. 378.

bringen. Um diese unsere Behauptung zu begründen, sehen wir nur einmal auf das Preußische Recht. Nach diesem soll und darf der Richter bei der Beweisführung von Thatsachen (im weitesten Sinne) ex officio nach Art desjenigen verfahren, der nach den Regeln des gemeinen Civilprozesses das Gewohnheitsrecht im contradictorischen Verfahren festzustellen hat (conf. §. 16 und 17 der Einleitung zur allgemeinen Gerichtsordnung), dagegen gibt z. B. für die Frage, wann der Richter die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen als für Herstellung einer juristischen Gewißheit genügend ansehen darf oder muß, das Preußische Recht eben so bestimmte Vorschriften als das gemeine, oder es sind eigentlich diese Vorschriften nur die des gemeinen Rechts (conf. Tit. X. §. 180, 7. §. 191 Abs. 2. §. 192. §. 212 ibid.)

Schon dadurch, daß sie dem Richter erlauben, bei vorhandener Uebereinstimmung der Parteien in Ansehung des Vorhandenseins eines Gewohnheitsrechts (Geständniß [16]) dasselbe für die Entscheidung des einzelnen Falles ohne weitere Feststellung als genügend gewiß anzunehmen, es unter Umständen ganz unbeachtet zu lassen, wo es nicht allegirt worden ist, der Partei eine peremtorische Frist zur Beibringung der Erkenntnißmittel vorzuschreiben u. s. w. — schon dadurch geben unsere Gegner zu, daß eine Anwendung eines erheblichen Theils der prozessualischen Beweisregeln erlaubt, ja! geboten sei. Aber abgesehen ganz hiervon dürfen wir nicht vergessen, daß diejenigen prozessualischen Regeln, welche die Grenzen für die Zweifel des Richters in Ansehung dessen, was bewiesen werden mußte, festsetzen, so natürliche sind, daß der Richter als juridisch denkender Urtheiler sie auch nicht außer Acht lassen kann, wenn er ohne alle Mitwirkung der Parteien, und ohne den Zweck eines bereits anhängigen Prozesses eine rechtsverbindliche Gewohnheit zu constatiren sich bemüht. Diese Regeln dürfen denn deßhalb, weil sie auch in der Doctrin des

16) Daß die mit dem Geständnisse wegfallende Nothwendigkeit des Beweises die nächste, unmittelbare, rein processualische Folge des Geständnisses ist, hat vortrefflich nachgewiesen Brackenhoeft im Archiv pp. Bd. 20. S. 248 pp.

bürgerlichen Prozesses sich finden, nicht als rein prozessualische angesehen werden (conf. S. 375, Not. 25).

Der Umstand, daß das Gewohnheitsrecht ein in der Ueberzeugung der Nation oder einer Abtheilung derselben unmittelbar begründetes ist, leitet sehr natürlich auf den Gedanken, daß der Richter am besten durch Befragung der Mitglieder eines größern oder kleinern Kreises sich von dem Dasein und Inhalte eines in solchem sich offenbarenden Gewohnheitsrechts Wissenschaft verschaffen könne. Indeß Jedermann weiß, wie selten und schwierig eine Befragung Aller sein würde, und gesetzt auch, Alle gäben ihre Ansicht zu erkennen, so dürfte damit in allen Fällen auch noch nicht genug gewonnen sein, weil nicht immer die Besorgniß ausgeschlossen wäre, daß die Deponirenden nur einer momentanen, vorübergehenden Idee folgend ihre Ueberzeugung ausgesprochen hätten, woraus sich eine rechtlich begründete Norm, welche als solche auch für die Zukunft Geltung hätte, wahrlich nicht ergeben würde[17]). In den meisten Fällen aber muß sich der Richter mit der Vernehmung einiger weniger Personen begnügen und aus dem Inhalte ihrer Angaben einen Schluß auf die Beschaffenheit der opinio publica machen. Genügt aber dieser Umstand nicht, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß solcher richterlicher Schluß kein mit Umsicht und Ueberlegung gemachter genannt werden darf, daß er immer für einen gewagten, erheblichen Zweifeln Raum gebenden gelten muß, wenn die Angaben der Deponenten mit gar keinen Gründen unterstützt sind? Schon im gemeinen Leben, in für uns an sich gleichgültigen Dingen halten wir uns für berechtigt, um nicht zu sagen verpflichtet, an Mittheilungen und Ansichten Anderer zu zweifeln, wenn sie mit keinen Gründen belegt sind; Denjenigen aber der von den bloßen Angaben Einzelner auf die Beistimmung der Gesammtheit schließt, beschuldigen wir mit Recht der Leichtgläubigkeit und des Mangels an Nachdenken und eigenem Urtheil.

Wie dürfen wir dem über die Frage wegen Vorhandenseins eines Gewohnheitsrechts urtheilenden Richter, dessen Entscheidung

17) Conf. Puchta, Gew.-Recht II. 93. — v. Savigny, System I. 173.

von so erheblichen Folgen werden kann, erlauben, den Mittheilungen weniger Menschen zu trauen, die freilich nach ihrer Stellung und Beschäftigung gute Gelgenheit haben mochten, die allgemeine Ansicht über das, was Rechtens, kennen zu lernen, vielleicht aber nach wenigen Tagen schon ihre dem Richter mitgetheilten Bemerkungen zurücknehmen oder motiviren würden, eben weil sie inzwischen Ansichten Einzelner kennen lernten, die das Gegentheil für richtig halten!

Der Richter muß also überall nach der Quelle fragen, aus der die deponirenden Personen schöpften. Dieses um so mehr, wenn er das Gewohnheitsrecht ohne Zuthun der Parteien zu constatiren sucht, weil er hier häufig nur einseitig unterrichtet wird und keine Momente erfährt, die die Möglichkeit des Gegentheils ersehen lassen. Ergibt sich aber umgekehrt eine Verschiedenheit in den Angaben der gehörten Personen, so kann sich der Richter doch auch für keine bestimmte Ansicht entscheiden, ohne nach Gründen zu fragen. Denn daß er hier die Stimmen lediglich nach Köpfen zählen dürfe, ist wohl noch Keinem eingefallen.

Wer sich Mühe gegeben und Gelegenheit gefunden hat als Richter die nicht aufgezeichneten Gewohnheiten eines Districts zu ermitteln, wird gewiß die Bemerkung gemacht haben, daß der gemeine Mann nur zu sehr geneigt ist, etwas für ein Gewohnheitsrecht auszugeben, was als solches gar nicht existirt. Manche Leute thun das schon aus blinder Eitelkeit, weil sie sich darin gefallen als solche zu erscheinen, die mehr wissen als Andere und selbst von der Obrigkeit mit ihrem Rathe nicht entbehrt werden können. Sie machen daher die gewagtesten Aussprüche, wo sie mit Nichtwissen antworten sollten, sie respondiren ohne sich selbst über einen Grund Rechenschaft geben zu können, sie urtheilen nach einem Paar Fällen, in denen sie das Gewohnheitsrecht glauben beobachtet zu haben, ohne überall zu wissen, was bei einem Urtheile der Art in Betracht zu ziehen ist, ohne die Bedingungen zu kennen, bei deren Vorhandensein die Existenz eines gewohnheitsrechtlichen Satzes überall nur denkbar ist. Auf unsere Frage scheint vollkommen zu passen, was in Seuffert's Archiv oberstrichterlicher Entscheidungen Band 8. Nr. 317 aus

einem Urtheile des Ober-Appellationsgerichts in Lübeck mitgetheilt wird [18]):

„Vom Richter, heißt es daselbst, kann auf die Aussagen „von Zeugen, soweit sie ein Urtheil über das Vorhandensein „besonderer Berechtigungen aussprechen, durchaus kein Werth ge„legt werden, so lange dem Gerichte die Gründe nicht vorliegen, „worauf dieses Urtheil der Zeugen fußt, und muß dieses beson„ders dann gelten, wenn man nach dem Stande der Zeugen „bei denselben keine juristische Klarheit voraussetzen kann" [19]).

Unsere bisherigen gleichsam nur aus der Natur der Sache hergeleiteten Gründe hat man indeß durch Bezugnahme auf gesetzliche Bestimmungen und rechtshistorische Argumente bekämpfen zu können vermeint [20]); wir müssen uns daher zu deren Anführung und Beleuchtung nunmehr wenden:

I. Die Novelle 106 beschreibt uns, wie der Kaiser Justinian verfuhr, um ein Gewohnheitsrecht zu ermitteln. Da es ihm nämlich darum zu thun war, ein das foenus nauticum betreffendes Gesetz zu erlassen, welches sich möglichst den bis dahin hierüber beobachteten gewohnheitsrechtlichen Normen anschließen sollte, ließ er durch den Präfecten Joannes mehrere Personen, welche sich mit der Contrahirung der in das foenus nauticum einschlagenden Geschäfte abgaben, befragen, um durch ihre Dispositionen in Ansehung dessen, was hergebracht war, vergewissert zu werden. Demnächst faßte der Präfect das Ergebniß der vorgenommenen Vernehmungen in einen Bericht zusammen, worauf der Kaiser die auf solche Weise zu seiner Kunde gekommenen gewohnheitsrechtlichen, einzeln in der Novelle 106 aufgeführten Bestimmungen zu gesetzlichen machte. Manche Juristen haben nun den Inhalt der Novelle so aufgefaßt, als ob der Kaiser erklärt hätte, es bedürfe zur Constatirung von Gewohnheitsrechten

18) Es stand eine Wegegerechtigkeit in Frage, die Gründe des für das subjective Recht gesprochenen Erkenntnisses passen aber auch für ein Urtheil über objectives Recht.

19) Ob die Deponenten in solchem Falle wirklich Zeugen sind, werden wir später untersuchen (conf. Not. 27. 35); für unsern Fall bleibt die Terminologie des Gerichts irrelevant.

20) Namentlich gehört hierher, zum Theil wenigstens, Puchta.

überall keiner Begründung der von den darüber abgehörten Deponenten gemachten Angaben. Wir halten diese Ansicht für eine völlig irrige, und werden zu zeigen versuchen, daß aus der Novelle 106, wenn man überhaupt darin eine Entscheidung unserer Controverse finden könnte, eher das Gegentheil von dem hervorgeht, was man daraus hat deduciren wollen.

Keineswegs läßt sich aus der Novelle entnehmen, daß der Präfect Joannes keine Angabe von Gründen ihrer Aussagen, nicht die Bezeichnung der Quelle, aus denen ihre Wissenschaft entsprungen, von den abgehörten Geschäftsleuten verlangt hätte. Im Gegentheile läßt sich nur denken, daß letztere, da sie so sehr ins Detail hineingegangen sind, nach Art solcher Leute mehr einzelne Fälle der Uebung des Rechts angegeben, als abstracte Sätze darüber aufgestellt, mindestens, wenn letzteres geschehen wäre, nicht unterlassen haben, die allgemeinen Grundsätze mit Beispielen zu belegen und sie dadurch zu erläutern. Auch liegt nicht einmal in der Novelle ein Grund zu der Annahme, daß der das Resultat der angestellten Forschungen mittheilende Bericht des Präfecten von den muthmaßlich abseiten der Deponenten angegebenen Gründen und Fällen der Uebung gar nichts sollte enthalten haben. Daß die Novelle deren nicht gedenkt, darf uns nicht wundern, denn sie gibt ja nicht den Inhalt des Berichts wörtlich wieder, sie liefert nur eine Zusammenstellung der in Betracht kommenden einzelnen Resultate der vorgenommenen Abhörungen. Wäre aber auch dem nicht so und hätte der Präfect nicht mehr berichtet, als was der Text der Novelle enthält, so darf doch nicht vergessen werden, daß diese nach ihrer wörtlichen Andeutung und Zweck nur ein allgemeines Gesetz liefert, so daß es weder nöthig noch paßlich war, die Begründung der von den abgehörten Personen gemachten Angaben in jenes Gesetz mit aufzunehmen, und sie, da sie in dem Berichte voraussichtlich nicht vermißt wurden, in denselben auch nicht hineingesetzt sein mögen.

Aber es kommt noch ein Umstand außerdem in Betracht, der uns noch wichtiger scheint: die Novelle beschreibt nicht den modum procedendi, quo consuetudo in contradicto judicio firmetur, sondern sie theilt nur mit, welchen Weg der Kaiser Justinian einschlug, um die Basis für ein zu erlassendes Gesetz

herzustellen. Dieserhalb können wir auch der Ansicht[21]) nicht beistimmen, welche annimmt, der Richter handle im Geiste Justinians, wenn er in der Art das Recht zu erforschen sich bemühe, wie nach der Meinung unserer Gegner der Präfect Joannes verfuhr. Wer wüßte denn nicht, daß der Kaiser als Gesetzgeber viel freiere Hand hat, als der Richter! Jener wollte nur sein zu erlassendes Gesetz möglichst in Einklang mit dem bisher geltenden Gewohnheitsrecht bringen, bei dessen Ermittelung eine Herstellung juristischer Gewißheit weniger nöthig war als eine Darlegung des Wahrscheinlichen. Das ganze vom Präfecten beobachtete Verfahren erscheint als eine administrative Procedur. Der Kaiser hätte an und für sich ein Gesetz geben können, ohne sich um das Hergebrachte weiter zu kümmern. Der Richter aber, der den streitigen Fall nach dem Gewohnheitsrechte entscheiden soll, muß sich über Bestehen und Inhalt des zweifelhaften Rechtssatzes juristische Gewißheit verschaffen, wenn er nicht gerade das Gegentheil von dem zu erreichen Gefahr laufen soll, worauf die Ermittelung des Rechts abzielt.

II. Die Gegner unserer Ansicht haben sich ferner auf die Art und Weise berufen, welche die alten Germanen in Erforschung des Gewohnheitsrechts beobachteten. Unsere Vorfahren, sagen sie, befragten darüber die Schöffen, diese waren die lebendigen Erkenntnißquellen des Rechts, die für ihr Wissen keine Gründe anzugeben brauchten[22]). Wenn nun gleich das Institut der Schöffen jetzt nicht mehr vorhanden ist, so glaubt man dennoch dem Richter erlauben zu dürfen, dem Ausspruche Gewohnheitsrechtskundiger in derselben Weise zu folgen, wie in Gerichten früher danach dieses Recht constatirt wurde.

Allein dieses würde voraussetzen, daß man diejenigen Personen, welch h. z. T. für die Entscheidung eines Prozesses abgehört werden, imgleichen ihre Stellung zu dem Richter wie zu den Parteien mit den alten Schöffen nnd deren Stellung ganz auf eine Stufe stellen könnte. Und dies läßt sich nicht behaupten.

---

21) Conf. v. Savigny, System Bd. 1. S. 192.
22) Conf. Puchta, Gew.-Recht II. S. 125.

Die alten Germanen, welche keine geschriebenen Rechte hatten, richteten nach dem im Bewußtsein des Volks unmittelbar entstandenen Rechte, welches sich, so lange das ganze Volk die Gerichtsversammlung bildete, sehr einfach und natürlich offenbarte. Später treten einzelne aus dem Volke genommene Männer, die s. g. Schöffen, als dessen Repräsentanten an seine Stelle. Aber es gehörten gewisse Eigenschaften zum Schöffenamte, nur Leute, die sich durch Ruf, Geburt, Stellung und Vermögen auszeichneten, waren fähig, den Stand der Schöffen einzunehmen [23]). Was sie für Rechtens erklärten, hatte für den Richter, der nur die Verhandlungen leitete und das Urtheil verkündete, verbindende Kraft, d. h. er durfte daran nichts ändern, wie der Ausspruch gefunden war, so mußte er verkündet werden. Derselbe bestand aber meistens nur in Aufstellung eines Rechtssatzes, die Subsumtion der Thatsachen unter diesen war Nebensache [24]).

Ganz anders ist die Stellung der des Gewohnheitsrechts Kundigen, von denen der Richter h. z. T. dasselbe zu erfahren sucht. Als das Institut der Schöffen aufhörte, gingen deren Functionen auf den Richter über; die Kundigen des nicht aufgezeichneten Rechts sind von da an nur noch Gehülfen des Richters, welche ihm etwas suppeditiren, über dessen Bedeutung und Brauchbarkeit zur Bildung seiner eigenen Ansicht er selbst unter Zugrundelegung juristischer Prinzipien zu entscheiden hat. Er wiegt das Ansehen ihrer Aussprüche gegen einander und gegen das Gewicht anderer für die Feststellung des Rechts sich ihm bietender Erkenntnißmittel ab, er *kann* sich des Beistandes der Kundigen bedienen, aber er braucht es nicht unter allen Umständen (dann namentlich nicht, wenn er überhaupt ohne die Mitwirkung Anderer fertig werden kann), den Aussprüchen der Kundigen — zu deren officium jeder qualificirt erscheint, der als Zeuge oder Sachverständiger tauglich ist, ohne daß es einer besondern Distinktion nach Stand ꝛc. bedürfte — wird also überall nicht derjenige Grad von Glaubwürdigkeit und entscheidendem

23) Conf. Walter, deutsche Rechtsgeschichte §. 99. 408. 574. 578.

24) Planck, Beweisurth. Abschn. 1. Cap. 1. §. 2. Vgl. auch S. 11 daselbst.

Einflusse beigelegt, den die Aussprüche der Schöffen hatten. Von unsern heutigen Richtern verlangen wir, daß sie ihre Entscheidungen von nichts abhängig machen, dessen Richtigkeit und innern Gehalt sie nicht geprüft haben (dieses ist wenigstens Regel, die allerdings von der Willkühr der Parteien unter Umständen modificirt wird), wir würden aber dieses Prinzip völlig aufgeben, wenn wir ihnen erlaubten, den Aussagen der Gewohnheitsrechtskundigen zu trauen, ohne nach Gründen zu fragen, nicht zu gedenken, daß dieses unerläßlich wird, so bald die Aussprüche der Kundigen mit einander oder mit dem Resultate anderer angewandter Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts in Widerspruch gerathen[25]). Wenn der Richter h. z. T. in contradicto judicio über das Vorhandensein des Gewohnheitsrechts erkennt, muß er doch selbst Gründe anführen[26]), und es hieße diese Regel wahrlich illusorisch machen, und dem Ausspruch des Richters weniger Glauben schenken als dem der Kundigen, wenn man bei letzterem nicht nach Gründen fragte.

Aus dem Gesagten dürfte sich ergeben, daß aus dem Institute der Schöffen für die Ansicht unserer Gegner nichts hergeleitet werden kann.

III. Wir haben nun noch ein letztes Argument zu betrachten, welches man aus den Worten der L. 34 D. de legib:

„Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere
„quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror,
„an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.“

hernehmen will.

Die frühere, aus der verkehrten Anschauung des Wesens und der Quelle des Gewohnheitsrechts hervorgegangene Ansicht, daß die in contradicto judicio erfolgte confirmatio einer consuetudo die conditio, sine qua non der Existenz des Gewohnheits-

25) Eine Prüfung der Gründe wird also auch dann erforderlich sein, wenn der Richter das Gewohnheitsrecht erforscht, ohne für den Zweck der Entscheidung eines anhängigen Prozesses dazu Veranlassung zu haben.

26) Conf. S. 376.

rechts sei, ist längst als eine irrige anerkannt; und wird wohl schwerlich noch einen Vertheidiger finden.

Eine andere Meinung geht dahin, daß beim Vorhandensein eines das zweifelhaft gewordene Gewohnheitsrecht anerkennenden Urtheils der Richter das Recht als vorhanden annehmen müsse. Diese Interpretation unserer Stelle erscheint deßhalb als unrichtig, weil sie mit der L. 13 C. de sent. et interl. in geradem Widerspruch steht, denn dieses Gesetz verbietet dem Richter, blindlings den Urtheilen Anderer Glauben zu schenken, so daß nicht schlechthin das in contradicto judicio erfolgte die Gewohnheit anerkennende Erkenntniß, sondern wesentlich auch dessen Qualität in Betracht kommt. Danach wird es unter Umständen ganz bedeutungslos sein können.

Eine dritte Auslegung ist diese: die in contradicto judicio erfolgte Anerkennung der Gewohnheit erscheine als ein Gutachten (von Einigen Zeugniß genannt[27]) des Richters, bei dessen Vorhandensein ein anderer Richter, regelmäßig wenigstens, einer weitern Forschung nach dem Gewohnheitsrechte überhoben werde[28]), so daß er also, wie Puchta[29]) hinzufügt, wofern er nicht durch besondere Umstände an der Gründlichkeit jener frühern Untersuchung und der Wahrheit ihres Resultats zu zweifeln veranlaßt sei, die Existenz des Gewohnheitsrechts so anzunehmen berechtigt sei, wie und in welchem Umfange sie dem frühern Richter sich ergab."

Wir sind aber der Meinung, daß der Richter stets und nicht bloß durch besondere Umstände sich veranlaßt finden muß, zu untersuchen, ob der früher erkennende Richter bei seiner Entscheidung von zutreffenden, hinlänglichen Gründen geleitet wurde, und deßhalb müssen diese Gründe[30]) dem frühern Urtheile beigefügt

---

27) Zeugnisse sind diese Urtheile nur, sofern sie Thatsachen, namentlich zur Begründung s. g. Acte der Uebung mittheilen; im Uebrigen sind sie Gutachten. Conf. v. Savigny, System I. p. 191.

28) Dies nahm schon Azo an (conf. lect. ad L. 1. C. h. t. und Summ. ad C. h. t.

29) Dessen Gew.-Recht II. S. 130.

30) Conf. N. 26.

sein, wenn es überhaupt Werth haben soll[31]). Nur auf diese Weise wird es möglich, daß der L. 13 C. cit. vollständig genügt werde, denn ohne Angabe der Gründe läßt ja das frühere Urtheil seinen Werth gar nicht erkennen.

Man hat aber letzteres vielfach nicht nur ganz übersehen, sondern ist sogar soweit gegangen, folgendermaßen zu argumentiren: wenn es wahr sei, daß das frühere Urtheil als ein die Gewohnheit bestätigendes Zeugniß oder Gutachten erscheine, und wenn die L. 34 D. nichts davon sage, daß ein solches Urtheil mit Gründen müsse belegt sein, so ersehe man ja schon hieraus, wie unsere Gesetze gar nicht von dem Gedanken ausgehen, daß Gutachten oder Zeugnisse eine Angabe von Gründen zu ihrer Beweiskraft erfordern. Dasselbe könne also auch nur angenommen werden, wenn statt des Richters eine Privatperson das Vorhandensein des Rechts bekunde.

Indeß das heißt falsch argumentirt! Denn ganz abgesehen davon, daß ein richterliches Gutachten oder Zeugniß mehr Glauben verdient als das von einer Privatperson abgegebene[32]), so folgt daraus, daß die L. 34 D. de leg. der Angabe von Gründen des früheren Urtheils nicht gedenkt, nichts weniger, als daß der Jurist davon abstrahirt habe. Er hat vielmehr nur eine ganz allgemeine Regel in allgemeinen Ausdrücken aufgestellt, ohne auf die Frage, ob das in contractio judicio abgegebene Urtheil mit Gründen belegt sein müsse, sich einzulassen, und dieses genügte für seinen Zweck auch vollkommen.

Wir besorgen, man möge uns hier den Einwurf machen,

31) Es ist ja denkbar, daß der Beweis lediglich der Contumaz des Reproducenten seine Entstehung verdankt.

32) Denn jene richterlichen sind aus einer unter Mitwirkung und gleichsam unter Controle der Parteien geführten Untersuchung hervorgegangen, bei welcher die Gelegenheit und Mittel der Erforschung des Rechts dem Richter in einem vorzüglichen Grade, vielleicht vorzugsweise vor andern Gerichten, zu Gebote standen (conf. Puchta, Gew.-Recht Bd. 2. S. 132). Dazu kommt, daß der Richter sich eines öffentlichen Glaubens und Zeugnisses besonderer Erfahrung und derjenigen Kenntnisse erfreuet, von deren Anwendung ein richtiger Schluß auf das Recht abhängt, und daß er als ein völlig unparteiischer Spruchmann erscheint

daß bei den Römern der Richter nicht verpflichtet gewesen sei, die Gründe seines Urtheils auszusprechen. Um diesem zu begegnen, müssen wir bemerklich machen, daß wenn zwar die Entscheidungsgründe zur Kenntniß der Parteien zu bringen der römische Richter nicht verpflichtet war, nichtsdestoweniger sich annehmen läßt, daß dieses in der Regel dennoch geschehen ist[33]). Wenn demnach die Begründung des Urtheils etwas gewöhnliches war, so rechtfertigt sich wohl eher die Annahme, der Jurist habe in der L. 34 D. cit. an motivirte Aussprüche des Richters gedacht, als an das Gegentheil.

Aus der citirten Gesetzstelle geht also überall keine Bestätigung der gegnerischen Ansicht hervor. Vielmehr liefert sie gerade einen Beweis für die Richtigkeit unserer Deductionen. Denn es ist nicht schlechthin von richterlichen Aussprüchen, die das Gewohnheitsrecht anerkennen, darin die Rede, sondern von solchen allein, die in judicio contradicto erfolgt sind, d. h. in einem nach prozessualischen Regeln geleiteten Verfahren. Denn daß ein contradictum judicium Statt finden könnte, wobei jene Regeln unbeachtet blieben, läßt sich doch wohl nicht annehmen. Hieraus ergeben sich zwei für unsere gegenwärtige Abhandlung höchst wichtige Momente:

1) bestätigt sich dadurch, daß wir mit Recht die Behauptung, die prozessualischen Grundsätze dürfen nie auf die Feststellung des Gewohnheitsrechts angewendet werden, bestritten[34]) haben, indem unsere Quellen selbst von der Constatirung dieses Rechts nach prozessualischen Grundsätzen sprechen,

2) daß insonderheit, soviel die eben jetzt verhandelte Controverse anlangt, die Beurtheilung des Werths der von den Kundigen über das Gewohnheitsrecht gemachten Depositionen von der Begründung derselben abhängig ist, indem nach den hier einschlagenden Regeln der Justinianischen Gesetzsammlung die Depositionen derer, die behuf Beweises zweifelhafter Dinge vom

---

33) Ueber die Begründung dieser Ansicht vgl. Linde, Civilprozeß §. 168. S. auch R. Brinckmann, über richterliche Entscheidungsgründe, §. 5—7. L. 6. D. 49. 5. L. 1. C. 7. 61. L. 18. 19. C. 7. 62.

34) Conf. oben S. 360. — Puchta, Pand. §. 109 a. E. u. Not. 6.

Richter vernommen werden, keinen Werth haben, wenn sie der Begründung ermangeln [35]).

Wenn man übrigens behauptet hat, daß der unmotivirten Aussage eines über das Gewohnheitsrecht Deponirenden wenigstens ein Act der Uebung einer Gewohnheit erblickt werden müsse, so müssen wir darüber bemerken:

Ein Act der Uebung kann man solche Aussage nicht nennen, wollte man aber darin einen solchen durchaus erkennen, so müßte ihm doch immer die Eigenschaft eines concludenten facti abgesprochen werden, d. h. eines solchen, aus welchem ein Schluß auf das Vorhandensein einer in der Volksüberzeugung begründeten Rechtsregel gemacht werden könnte.

Selbst eine große Menge von Depositionen der Art würden, wie wir schon oben gezeigt haben [36]), solchen Schluß nicht mit Sicherheit rechtfertigen. Diese s. g. Acte der Uebung erscheinen also ohne allen Werth, denn sie lassen immer nicht erkennen, daß die Uebenden sich über die Sache klar geworden sind.

Zum Schluße wollen wir indeß — wenn es überhaupt nöthig sein sollte — noch gegen den Verdacht verwahren, als ob wir s. g. Acte der Uebung anzugeben verlangt hätten, wenn wir Angabe einer Begründung der Depositionen forderten. Zur letztern genügt vielmehr die Mittheilung jeglicher Quelle des Wissens der Deponenten, wenn sie nur vernünftigerweise als eine solche angesehen werden kann. So würde z. B. unter Umständen eine mit Gründen belegte Aussage dann anzunehmen sein,

---

35) Die Stellen des römischen Rechts, die man hierfür anzuführen pflegt, wie z. B. L. 35 D. in f. 25. 5. L. 4. C. 4. 20. Nov. 90 c. 2 u. A., reden zwar nur von Zeugen und nicht von Sachverständigen; es ist indeß zu bedenken, daß das römische Recht gar keinen Unterschied zwischen Zeugen Sachverständigen (wenn letztere nicht etwa arbitri sind) macht, (conf. Mittermaier im Archiv f. civil. Prax. Bd. 2. S. 119) und in Ansehung der über Gewohnheitsrecht Deponirenden muß berücksichtigt werden, daß ihre Angaben oft auf der Grenze zwischen Zeugnissen und Gutachten liegen, so daß sie gleichsam beide Rollen, der Zeugen und Sachverständigen in sich vereinigen. Man vergl. das von Seuffert in seinem mehrerwähnten Archiv, Bd. 3. Nr. 213 mitgetheilte Urtheil des Ober-Appell.-Gerichts zu Lübeck.

36) Vergl. v. Savigny l. c. S. 173 oben.

wenn der Deponent angibt, er habe zu verſchiedenen Zeiten von verſchiedenen (wenn auch nicht namhaft gemachten) Leuten, die als Kundige angeſehen werden können, gehört, daß dieſes oder jenes Rechtens ſei, oder daß man ihm geſagt, es ſei ſtets ſo gehalten, und er auch nicht vernommen habe, daß es anders angeſehen oder gehalten worden [37]). Freilich meſſen wir derartigen Mittheilungen, die nur nackten Angaben Anderer ihren Urſprung verdanken, nicht eben viel Beweiskraft bei. Jedenfalls ſtehen ſie in dieſer Beziehung unſers Erachtens hinter umſtändlich referirten Acten der Uebung einer Gewohnheit, welche deutlich die opinio necessitatis ergeben, zurück.

XV.

Die wechſelſeitige Verbürgung und die Bedeutung der Novelle 99.

Von

Herrn Dr. jur. Ad. Dedekind
in Braunſchweig.

(Schluß.)

§. 8.

Die ſ. g. communis opinio.

Nach ihr hat die Novelle 99 eine ganz andere, weit wichtigere und höchſt praktiſche Bedeutung. Die Fraction derſelben, welche noch am Meiſten am Texte feſthält [1]), findet in ihr zwei

---

37) Man vergl. die von Seuffert im Archiv pp. mitgetheilten Entſcheidungen der Ober-Appell.-Gerichte zu Celle, Caſſel und Lübeck (Bd. 1. Nr. 172. Bd. 7. Nr. 118), deren Argumente auch für unſere Frage paſſen dürften.

1) Zu dieſer Fraction gehören von den Neueren: Ribbentrop: Zur Lehre v. d. Correal-Oblig. S. 116; v. Schröter in der Zeitſchr. f. Civilrecht und Prozeß, Bd. 6, S. 435 ff.; Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, Bd. 2, S. 193 ff.; Puchta, Vorleſ. Bd. 2, S. 36; Liebe,